



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

ZHONGGUO FAZHI XIANDAIHUA DE LISHI

中国法制现代化的历史

主编·王人博

知识产权出版社



中国法治现代化丛书

丛书总主编·徐显明

知识产权出版社

ZHONGGUO FAZHI XIANDAIHUA DE LISHI

中国法制现代化的历史

主编·王人博

本书受教育部哲学社会科学重大课题攻关项目
「中国法制现代化的理论与实践」资助

内容提要

中国法制现代化历史发轫于晚清,历经民国与新中国,迄今已逾百年。这既是一个从传统到现代的法制文明演进过程,也是本土与西方两种异质文化碰撞与冲突的场域。本书对各个特定历史背景下的法律制度、思想与实践三个层面及其彼此之间的互动关系作出了细致的梳理与阐释。希望这种经由历史而获致的探讨与反思能为中国法制现代化进程提供前进的理论资源。

责任编辑:汤腊冬

责任校对:董志英

执行编辑:熊 莉

责任出版:卢运霞

图书在版编目(CIP)数据

中国法制现代化的历史/王人博主编. —北京:知识产权出版社,
2010.5

(中国法治现代化丛书)

ISBN 978-7-80247-872-5

I. ①中… II. ①王… III. ①法制-研究-中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第026840号

中国法制现代化的历史

王人博 主编

出版发行:知识产权出版社

社 址:北京市海淀区马甸南村1号

邮 编:100088

网 址:<http://www.ipph.cn>

邮 箱:bjb@cnipr.com

发行电话:010-82000860 转 8101/8102

传 真:010-82005070/82000893

责编电话:010-82000860 转 8108

责编邮箱:tangladong@cnipr.com

印 刷:北京富生印刷厂

经 销:新华书店及相关销售网点

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:6.5

版 次:2010年5月第1版

印 次:2010年5月第1次印刷

字 数:177千字

定 价:20.00元

ISBN 978-7-80247-872-5/D·934 (2834)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题,本社负责调换。

主编

王人博

参与编写人员

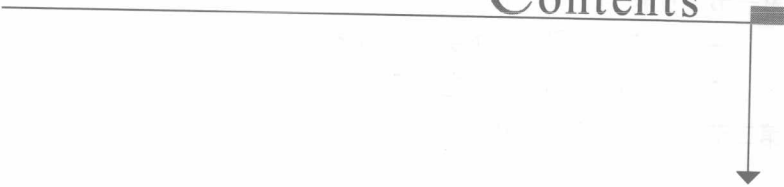
汪 栋 孙德鹏 宦盛奎

常永达 乐 斌 李振涛

张小雪 朱 珠

目 录

Contents



第一章 晚清

第一节 中国传统法律制度及其困境 / 1

一、中国传统法的精神 / 2

二、困境与挑战 / 6

第二节 法制变革的思想积累 / 8

一、大动荡时期的“百花齐放” / 8

二、废科举与兴新政 / 13

第三节 清末立宪 / 17

一、“宪法”词义考 / 17

二、中国宪政的“第一次预演” / 22

第四节 清末修律 / 27

一、“礼法之争” / 27

二、沈家本与清末修律 / 29

三、再论“礼法之争” / 31

四、“新中华法系” / 34

第五节 司法改革 / 36

- 一、中国古代司法体系之沿革 / 37
- 二、作为司法改革核心的领事裁判权 / 38
- 三、改革所取得的几大成效 / 45

第二章 民初的艰难探索

第一节 民初的法律思想 / 54

- 一、资产阶级民主派的共和国方案 / 54
- 二、民国初年的法治思想 / 57

第二节 宪法观念与实践 / 60

- 一、对于宪法重要性的强调 / 60
- 二、关于宪法内容的纷争 / 62
- 三、民初行宪过程 / 68

第三节 北洋时期的立法 / 70

- 一、北洋时期立法的指导思想 / 70
- 二、北洋立法的过程 / 71
- 三、北洋时期立法机构的变迁 / 72

第四节 司法制度 / 73

- 一、司法主权 / 74
- 二、司法组织与制度建设 / 77
- 三、司法官的考核与培养 / 88

第三章 南京国民政府时期

第一节 法律思想 / 91

- 一、礼法分离 / 91
- 二、法律独立 / 94
- 三、三民主义 / 97

第二节 宪法理论与实践 / 98

- 一、训政问题 / 98
- 二、五院制 / 102
- 三、宪政实践 / 103
- 第三节 六法体系的建立 / 105
- 第四节 司法制度 / 108
 - 一、司法制度中的党政体制 / 109
 - 二、司法机构的组织系统及职权 / 110

第四章 新中国成立以后

- 第一节 社会主义法制思想的建立与发展 / 117
 - 一、社会主义法制思想的传入 / 117
 - 二、社会主义法制思想及其实践 / 121
 - 三、法制秩序的崩溃和重建 / 130
- 第二节 社会主义宪法 / 135
 - 一、革命宪法到改革发展宪法 / 135
 - 二、从政治法到社会法 / 136
- 第三节 社会主义法律体系的建立 / 138
 - 一、社会主义法律体系的初步建立（1949~1957年） / 139
 - 二、社会主义法律体系建设的曲折发展（1957~1976年） / 140
 - 三、社会主义法律体系的恢复与发展 / 142
- 第四节 社会主义的司法制度 / 149
 - 一、新三民主义的司法 / 149
 - 二、全面学习苏联 / 150
 - 三、社会主义的司法制度 / 152

第五章 改革开放 30 年来法制现代化的成果

- 第一节 社会变革与法制现代化 / 160
 - 一、对“文革”的反思 / 160

二、商品经济与市民社会 / 162

第二节 从法制到法治 / 167

一、1978 ~ 1996 年：法制的恢复与发展 / 167

二、1997 ~ 2008 年：法治的建立与实现 / 170

三、政治力量与法学理论 / 175

第三节 法制现代化的成果 / 176

一、宪法的变迁 / 176

二、具体制度的变革 / 180

第四节 法制现代化的困境与反思 / 190

一、政府推进与权力制约的矛盾 / 191

二、改革的探索性和法律权威的矛盾 / 193

三、法律工具主义 / 194

四、传统与本土资源 / 195

晚清

第一节 中国传统法律制度及其困境

陈顾远先生在回顾中国法制的历史时说过，中国文化在历史上有两次重要的转变：其一，在观念层面上，东汉佛教传至中国，唐代又崇奉道教，演变而为宋明理学，社会礼仪，受其熏陶，循吏用法，蒙其影响；其二，在法律层面上，中国法律以儒家思想为灵魂，借用法家之体躯，完成中华法系之生命。^①而这一切都在清末“被欧美势力所笼罩，不得自拔”。

① 陈顾远：“中华法系之回顾及其前瞻”，见范忠信等编校：《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》，中国政法大学出版社2006年版，第540~550页。陈顾远对中国法制史的概念亦有经典的阐释：“治中国法制史之学者，遂有两派之分。一则以制统法，纵不然，亦认为法自法，制自制，故对于中国法制史之范围，不仅限于法律一端，举凡典章文物刑政教化，莫不为其对象：是为广义的中国法制史。一则以法统制，纵不然，亦认为法制即刑法之谓，故对于中国法制史之范围，只以法律上之制度为限，举凡制之不入于法者，换言之，制之无关于刑狱律令者，皆除于外：是为狭义的中国法制史。”陈氏又认为：“此不过编著体例上之争，尚非中国法制之史的重要问题。”其个人意见是：“及现代之法理、政理而言，制度之条文固可曰法，制度之见诸于明令、为众所守，虽未定于律、入于刑者又何尝非法；即认为以法统制，亦应两者并举，不能以狱讼为限，故愚从广义焉。”参见陈顾远：《中国法制史》，商务印书馆1934年版，第2~3页。

一、中国传统法的精神

作为东方文明重要支脉的中国社会，是以血缘关系为主导兼具地域性的组织机体，自然宗法关系的历史积淀形成了中国法律精神的底蕴。^① 我们可以用“血缘宗法”这一概念尝试着勾勒中国传统社会的诸多特性。^②

摩尔根的《古代社会》将血缘亲属关系的演进，看做是理解人类从蒙昧时代经过野蛮时代向文明进步的一个“契机”。他认为，原始社会组织的基本单元是氏族而不是家庭。^③ 与西方相同，中国父权制国家也是在冲破氏族血缘联系之后才出现的，然而“极为相似的事情，但是在不同的历史环境中出现就会引起完全不同的结果”。^④ 在古代中国，法权现象的历史起源过程较之西方社会来说，具有更为浓厚的血缘关系色彩。中国传统政体谓之宗法君主制，是由于这种政体保留较多的氏族制残余。中国上古国家在氏族战争中产生，“夏、商、周三代更替也不出一族一姓的兴衰之外”。^⑤ 社会的统治者（包括异姓联盟）与被统治者同时可以根据族姓来划分。^⑥ 同时，要注意的是，氏族本身也是内部分层的。氏

① 《马克思恩格斯全集（第19卷）》，人民出版社1961年版，第145页。

② 宗法，即以血缘、家族为本位。宗法制由父系氏族社会的家长制演变而来，它是指一种以血缘关系为基础，以父系家长制为内核，以大宗小宗为准则，按尊卑长幼关系制定的伦理体制，尊敬祖先，维系亲情，并规定人际关系和地位、权利、义务的法则和制度。参见左卫民、辛国清、周洪波：“中国传统社会纠纷解决机制研究论纲（上）”，载《西南民族大学学报》2003年第6期，第201页。

③ [美] 路易斯·亨利·摩尔根：《古代社会（下册）》，杨东荪、马雍、马巨译，商务印书馆1997年版，第343页。

④ 见注①书，第131页

⑤ 梁治平：《法辨》，中国政法大学出版社2002年版，第77页。

⑥ 田昌五：“中国奴隶制形态之探索”，见《古代社会形态研究》，天津人民出版社1980年版；张光直：《中国青铜时代》，三联书店1983年版，第297~308页。周初大封建时，周王所赐物中至少有两项特别值得注意，那就是氏族的姓氏和以宗族为单位的人民。参见上引书，第112~113页。

族之下分为若干宗族：

宗族的成员彼此都有从系谱上可以追溯下来的血亲关系，而在同一个宗族之内其成员根据他们与主支（由每一代嫡长子组成）在系谱上的距离而又分成若干宗支。一个宗族成员在政治权力上和仪式上的地位，是由他在大小宗支的成员所属身份而决定的。因此，大的宗族本身便是一个分为许多阶层的社会。^①

梁治平在《法辨》中论证，中国早期国家与以雅典为代表的希腊早期国家在从氏族制中破茧而出时有着巨大的差异：

在中国青铜时代到来之前，社会内部的分层正是循着血缘亲族的线索展开的，而当氏族之间的战争转而成为族姓的统治与被统治的时候，统治者内部基于血缘的分层就逐渐具有了国家组织的内蕴。^②

他在这样说明中国早期国家的产生时，实际上是认同并引申了顾准提出的观点。^③ 中国血缘宗法制对中国法制乃至司法的影响，学术研究已经给予持久深入的关注。这种影响大都是参照西方背景进行分析的。如费孝通先生提炼的几个关键概念，“乡土中国”“差序格局”“团体格局”“长老统治”等，对中西政体的差别就有很强的解释力。血缘宗法制社会的一个重要特点，费孝通认为：“是稳定的，缺乏变动；变动得大的社会，也就不易成

① 张光直：《中国青铜时代》，三联书店1983年版，第19～20页、第110页。

② 梁治平：《法辨》，中国政法大学出版社2002年版，第77页。

③ 顾准：《希腊城邦制度》，中国社会科学出版社1982年版。

为血缘社会……血缘是稳定的力量。在稳定的社会中，地缘不过是血缘的投影，不分离的。”^① 在血缘宗法制国家，司法制度的特点是韦伯所谓的家长制司法——“卡迪审判”。^② 韦伯根据体现在法律中的知识类型而对法律进行了系统的分类，即四种法律类型：形式理性法、形式非理性法、实质理性法以及实质非理性法。^③ 韦伯认为，中国古代法属于实质非理性法，是与西方近代资本主义的形式理性法相反的类型。法律对资本主义的作用，主要在于使资本主义企业具有了可预期性和可计算性。韦伯说：“现代资本主义企业主要依靠计算；其前提是要有一套以理性上可以预测的方式运作的法律和行政管理系统，人们至少在原则上可以根据其确定的一般规范来进行预测”。^④ “司法形式主义使法律制度可以像技术性的理性机器那样运行”。^⑤

中国法的精神可以归纳为两个命题：第一，中国古代社会是身份社会；第二，中国古代法律是伦理法律。^⑥ 这与韦伯对中国法律的分析是一致的。中国法的这种精神在司法制度上的表现，就是家族主义、伦理价值对法的形式主义、理性化的优先。这种实质非理性的法，使得法律的普遍性、确定性和可预期性等价值难以实现。事实上，中国传统社会对法的这种价值期待并不突

① 费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社1998年版，第70页。

② 按照宗教首领或者长者意志执行的法律体系。他们按照神的启示中他们所信奉的伦理原则决定案件。这种法律类型的典型例子是“卡迪审判”。穆斯林法官卡迪不参照任何规则或规范，而是以变通的方式使用证人的证言、证据和神的启示作出判决。

③ 吕世伦：《现代西方法学流派》，中国大百科全书出版社1999年版，第338页。

④ Marx Weber, *Economy and Society*, edited by Guenther Roth and Claus Wittich, Berkeley, (California, 1978), p. 1394.

⑤ [德] 马克斯·韦伯：《论经济与社会中的法律》，中国大百科全书出版社1998年版，第227页。

⑥ 梁治平：《法辨》，中国政法大学出版社2002年版，第19页。

出，突出的是法的秩序价值。值得注意的是，中国法的这种秩序价值是独特的，最主要的是指宗法社会的秩序。儒家的社会秩序观否认社会是整齐划一的。认为人有智愚贤不肖之分，最关键的是有贵贱上下之分。儒家主亲亲，以亲亲为人之本，^①宗法社会的秩序主要由五种社会关系构成，即以血缘远近为基础的五伦：君臣、父子、夫妇、兄弟、朋友。五伦是儒家思想的中心、政治最高的鹄的。^②

如果说广义的法即指行为规范，那么，礼作为维持五伦关系的行为规范，是中国传统社会最主要的法。而中国的“法”，实质上是刑，而作为对违礼行为的惩罚，是所谓“出礼入刑”。因此“礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后”，^③礼教之可贵在于“绝恶于未萌，而起敬于微眇，使民日徙善远罪而不自知”。^④

中国古代的“法”与西方的“law”相差极大。“法”的内涵很狭窄，主要指法律制裁或者“刑”，而“刑起于兵”，“大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑，以威民也”。^⑤中西法的精神，自它们各自产生时起就有差异，到近代，这种差异越发显著。如果说中西法的正义观有相同点的话，即都强调“适当，正当与各得其所”的价值，那么，它们的区别则在于这种价值的内容。在中国正义观的内涵中普遍的人类平等观并不突出，宗法社会的身份等差抑制了这种抽象的人的价值理念。人在身份伦理的社会关系网络中是较为固化的义务聚合体，人与

① 《礼记·大传》云：“人道亲亲也。”《中庸》云：“仁者人也，亲亲为大。”并以亲亲为天下国家九经之一。

② 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第307页。

③ 《大戴·礼记》卷二，《礼察》。

④ 《礼记·经解》则云：“夫礼，禁乱之所由生，犹坊止水之所自来也，故礼之教化也微，其止邪也无形，使人日徙善远罪而不自知也。”

⑤ 《国语·鲁语（上）》。

人之间形成稳定的有着贵贱上下之分的“差序格局”。^①法更多地意味“刑”的力量，以居高临下的强制力维持这种社会秩序。因此，中国传统法律制度的若干特点，诸如君权至尊而司法附属之、刑法突出而民法精神发育迟缓等，相比其他社会更为明显。

二、困境与挑战

虽然中国古代的法存在某些不足，但在遭遇西方以前，仍是治理社会的有效工具，只是在遇到西方后，才显现了难以克服的困难。芮玛丽在《同治中兴——中国保守主义的最后抵抗（1862—1874）》中指出，西方人通常认为的中国传统法律仅限于刑法或认为它在维护社会秩序方面几乎无所作为的看法都是非常错误的。在她看来，在司法中虽然存在办事拖沓、衙门中的胥吏对司法程序的干扰、地方治安权力的滥用和刑罚过于苛刻等现象，但是在中兴时期（1862～1874），中国的法律制度仍是维持地方统治的有效工具。她认为，最终引起这一制度崩溃的是那些难以克服的困难，而它的崩溃也证明了中国人的观念无论具有怎样的内在价值，也很难适应世界的经济和社会组织。^②芮玛丽认为“难以克服的困难”主要还是那些中兴中坚人物所奉为圭臬的儒家文化所追求的稳定与现代化的矛盾。我们虽不必认同芮氏对儒家文化在中国近代史中所起的作用的判断，但我们的传统法律在帝制的末期遭遇到难以想像的困难则是不容置疑的。杨鸿烈在论述这一时代背景时说：

……但自清朝道光时的鸦片战争以来，英美各国在华领事裁判权的确立，于是中国法系的本身就发生空前所有未有的打

① 注意费孝通先生用“团体格局”的西方与之对照。

② [美] 芮玛丽：《同治中兴——中国保守主义的最后抵抗（1862—1874）》，房德邻等译，中国社会科学出版社2002年版，第169～173页。

击！加以欧美学说大量输入，如“保障人权”和“权利”、“义务”的思想深入中国青年脑里，于是对过去那样“礼”“法”分不清的法律或政治的制度自然深为不满。何况自与欧美通商，沿江一带的工商业团体应时兴起，社会经济逐渐发达，旧日比较简单落后的法制实在不足以应付新环境。^①

外国用坚船利炮所裹挟的西方法律文化的传入以及晚清皇朝内部的危机，让统治集团明了“祖宗之法不可恃”，不得不考虑统治方略的变化，也促使其“法制”越来越走向“现代化”。

李贵连先生指出了中国法律传统在近代遇到的三个困境：一是领事裁判，列强对中国法权的侵夺。于第一次鸦片战争后订立的第一个不平等条约——《虎门条约》，以及稍后的《中英五口通商章程》，在第二次鸦片战争所订立的《天津条约》系统、完善了领事裁判制度，使得清王朝既丧失了对进入中国境内的外国侨民的法律管辖，原有的完整的司法权也因之而丧失；其结果，不但严重地破坏了中国原有的社会秩序，也给清王朝的统治带来了严重的危机。二是太平天国武装起义也把斗争的矛头指向清王朝封建法制，为了应付太平天国的危机，中央授权全国各级地方官，对抓获的“土匪”即行“就地正法”；授权各地团练绅士缉拿“土匪”，可以“格杀勿论”。以快速、省事、严厉为特征的“就地正法”，使得原有的封建法制由此而被打乱。三是旧律与社会实际生活脱节，无力推动封建国家机器的正常运转。而且由于近代资本主义经济的产生而带来的社会生活的变化，是建立在自给自足的自然经济基础之上的旧律所无法应变的，陈旧的内容和日新月异的现实生活，逼迫它进行脱胎换骨的改造。^②

① 杨鸿烈：《中国法律思想史》，中国政法大学出版社2004年版，第273页。

② 李贵连：“中国法律近代化简论”，载《比较法研究》1991年第3期。

第二节 法制变革的思想积累

一、大动荡时期的“百花齐放”

由于社会动荡以及政治危机，一部分开明的士大夫阶层开始警觉清朝的衰落，提出变法的主张：“一祖之法无不弊”，“自古及今，法无不改，势无不积，事例无不变迁，风气无不移易”。^① 对于旧有的法律制度，冯桂芬在《校邠庐抗议》中批评捐官制度造成了吏治的败坏，“近十年来，捐途多而吏治益坏，吏治坏而世变益亟，世变亟而度支益蹙，度支蹙而捐途益多，是以乱召乱之道也。居今日而论治，诚以停止捐输为第一义”。^② 包世臣指责清朝官吏在司法审判中官官相护，幕友胥吏操纵讼狱，朋比为奸，营私枉法，“视民瘼若儿戏，玩条例如弁髦”，司法领域以狱为市，“无非同有非，无罪同有罪”，其黑暗难以言状。龚自珍则指责封建法律是帝王用以维护其权威的手段和束缚臣民的“长绳”，在“不可破之例”的约束之下，大臣的才智受压抑，士大夫的廉耻道德之心被摧残，从而给社会造成极大的危害。

早期提倡变法的知识分子们，如林则徐、魏源等，在批判旧有法律制度同时，也开始接触欧美资本主义国家的一些法律知识。魏源在《海国图志》一书中辑录了英、美等国的一些司法制度的资料，以及若干有关战争和贸易方面的法律条文。林则徐主持翻译了瑞典法学家和外交家瓦特（Vattel，旧译滑达尔）所著《国际法》中的大部分内容，译成汉文后定名为《各国律例》。知识分子

① 龚自珍：“上大学士书”，见《龚自珍全集（下册）》，上海人民出版社1975年版，第319页。

② 冯桂芬：《校邠庐抗议》，《变捐例议》。

们虽然作了许多努力，但他们并不能主导晚清的政治与法律变革。法律改革的进展取决于大的政治环境。中国社会在内忧外患中一步一步挣扎向前，法律制度也逐渐走向现代。

在洋务运动时期，变革的指导思想是“中体西用”。早在《校邠庐抗议》中，冯桂芬就提出“以中国之伦常名教为原本，辅以诸国富强之术”。而且，处在中西之际之局的李鸿章、郭嵩焘、薛福成也先后以不同的言辞表达了同样的见解。在张之洞的《劝学篇》中有更为系统的表述。张之洞把“中学”的内容概括为经、史、子、集。其中，张之洞特别注重纲常名教，认为君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲这“三纲”是“五伦之要，百行之原，相传数千年更无异议。圣人所以为圣人，中国所以为中国，实在于此”。他针对维新派提倡民权、抑制君权、倡导男女平等的改良主张，针锋相对地指出，“知君臣之纲，则民权之说不可行也”，“知夫妇之纲，则男女平权之说不可行也”。

在“中体西用”这一思想的指导之下，洋务运动的法律思想更多的是“稍变成法”，这是办洋务的重要大臣之一李鸿章“外须和戎，内须变法”洋务总纲的一部分。李鸿章主张变法的内容与洋务自强有密切关系，他的变法主张几乎都是通过奏折或函牍的形式予以阐述和表达，涉及较多的是兵制、官制和科举制度。^①

虽然洋务运动不以法律变革为中心，但亦有一些成绩。如为了适应洋务外交与立法的需要，同文馆成立以后，便以翻译西方法学著作作为了解西方情况和输入西学的重要途径。张之洞说：“尝考讲求西学之法，以译书为第一义，欲令天下人皆通西学，莫若译成中文之书，俾中国百万学人，人人能解，成为自众，然后可供国家之用。”不仅如此，洋务派还从实际需要出发，向西方派遣留学生。

洋务运动以军事为核心，历时约 35 年，建成号称亚洲第一的

① 李青：《洋务派法律思想与实践的研究》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 41 页。